

SEÇÃO III – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

SUBSEÇÃO I – DIREITO CIVIL

1. ARTIGOS

1.1 UNIÕES HOMOAFETIVAS – UMA NOVA MODALIDADE DE FAMÍLIA?

LIDIANE DUARTE HORSTH

Promotora de Justiça no Estado de Minas Gerais
Especialista em Direito Civil pela PUC-Minas

SUMÁRIO: 1. Introdução. 1.1. Origem da família. 1.2. União livre entre homem e mulher como modalidade de família. 1.3. A família na Constituição Federal de 1988. 2. A relação homoafetiva como entidade familiar. 3. Relacionamentos afetivos homossexuais e união estável heterossexual: espécies de um mesmo gênero? 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Antes de adentrar no estudo do tema proposto, mister se impõe salientar, conforme Thomaz (2003, p. 84), que “[...] não se pode pensar em sociedade sem antes se pensar na família. A família é a célula mater da sociedade. Forma-a, desenvolve-a e a consolida”. A idéia de família comporta diversos enfoques. Em sentido amplo, pode ser entendida como um conjunto de pessoas unidas pelos laços de parentesco e que descendem de um tronco comum. Dentro desse conceito amplo de família incluir-se-iam os ascendentes, descendentes e colaterais de uma mesma linhagem. Em um sentido mais restrito, poder-se-ia dizer que família é “[...] o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o poder familiar” (THOMAZ, 2003, p.85). Sob o aspecto sociológico, por outro lado, a família pode ser vista como sendo o conjunto de pessoas que vivem em um mesmo lar e cuja autoridade é exercida por um dos integrantes dessa família.

Há notícia de que nas civilizações primitivas a família era formada pela mãe e sua prole, por ser desconhecido o pai. Isso ocorria pelas constantes guerras entre tribos, que faziam as mulheres serem subjugadas por bravos guerreiros vindos de outras tribos. Até, talvez por instinto natural (ou animal), os homens das tribos tinham relações sexuais com diferentes mulheres, engravidavam-nas e deixavam com elas o produto de tais relações. Neste contexto fala-se do surgimento da

poligamia, conduta que seria mais tarde relegada a poucas tribos, hoje a pouquíssimas civilizações (THOMAZ, 2003, p. 85).

1.1 Origem da família

Com o advento e fortalecimento do cristianismo, o padrão da família passou a ser o daquela surgida do casamento de um homem e uma mulher, com caráter monogâmico, patriarcal, sendo que o marido era o chefe daquela célula familiar integrada pela mulher e pela prole. Os princípios relativos à família do direito romano serviram para inspirar a família brasileira. A nossa família primitiva, assim como na Roma antiga, era entendida como o grupo de pessoas formado por um pai, mãe e filhos. Essa família tinha o caráter monogâmico, patrimonialista, era chefiada pelo homem, que, como marido e pai, exercia toda a autoridade patriarcal daquele grupo familiar.

O poder do *pater familias* compreendia: a *patria potestas*, ou o poder sobre os filhos e netos dos filhos masculinos; a *manus*, ou o poder sobre as mulheres casadas com o mesmo *pater familias* ou com um seu descendente; o *mancipium*, ou o poder de *pater* sobre as pessoas a ele vendidas como escravos (*in mancipio*); a *dominica potestas*, ou o poder sobre os escravos (THOMAZ, 2003, p. 85).

A família é um fenômeno natural. Forma-se com ou sem a participação da igreja ou do Estado. Até há pouco tempo atrás o nosso legislador, notadamente o constitucional, entendia como família tão-somente aquela formada pelo casamento entre um homem e uma mulher. No entanto, a evolução dos costumes e a força dos fatos sociais compeliram o Direito a reconhecer o novo panorama fático daquelas famílias brasileiras que não se formavam com a chancela estatal. Daí veio a Constituição Federal de 1988 e, consolidando situação há muito já consagrada na doutrina, previu no seu artigo 226, § 3º, como entidade familiar a união estável formada por um homem e uma mulher. A partir de então, dispozo a Magna Carta de 1988 que a família protegida pelo Estado não mais seria tão-somente aquela formada pelo casamento, mas também outras, como a oriunda das relações fáticas não oficializadas, entre um homem e uma mulher, desde que atendidos certos requisitos, o panorama jurídico da família brasileira alterou-se profundamente.

1.2 União livre entre homem e mulher como modalidade de família

A união heterossexual livre, sem a interferência estatal, apesar de ser fenômeno freqüente na nossa sociedade, não era reconhecida como entidade familiar até a promulgação da Constituição de 1988. Para que isso ocorresse, foi necessário que se percorresse um árduo e longo caminho. Em um primeiro momento, apenas a doutrina

e a jurisprudência pátria atribuíam efeitos a essas uniões de fato, tratando-as, muitas vezes, como relações intrinsecamente ligadas ao direito das obrigações. Após um árduo trabalho, notadamente da jurisprudência pátria, veio o reconhecimento constitucional e legal, sendo que hoje, a união livre entre um homem e uma mulher, que tenha as características de estabilidade, publicidade e intuito de formação de uma vida em comum, é considerada como uma entidade familiar tão importante quanto àquela formada pelo casamento e que merece, assim como as uniões formais, a proteção estatal.

Inicialmente, quando ocorria o desfazimento de uma união livre, que tinha características assemelhadas às da família legítima, originada do casamento, os nossos Tribunais, com o escopo de evitar o locupletamento de um em detrimento do outro, o enriquecimento ilícito na maioria das vezes do homem em detrimento da mulher, passou a reconhecer efeitos patrimoniais a tais relações. Começaram os Tribunais Superiores e os dos diversos Estados Brasileiros a aplicar a teoria da sociedade de fato, sendo que todo o patrimônio amealhado pelo esforço comum deveria ser dividido entre os sócios dessa sociedade de fato. Para se reconhecer a sociedade de fato e determinar a divisão do patrimônio adquirido durante a convivência, os julgadores exigiam a prova do esforço comum das partes, sendo que “[...] quando isso não era possível e para impedir o desamparo da concubina, os tribunais concediam a ela uma indenização por serviços domésticos” (THOMAZ, 2003, p. 87).

Posteriormente passou-se a se admitir a contribuição indireta da concubina para caracterização do esforço comum. Os serviços domésticos prestados no lar pela mulher passaram a ser considerados como esforço tão relevante quanto a contribuição direta, em pecúnia, para aquisição dos bens do casal. Veio daí a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal que, ao enunciar: “Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum[...]”, trouxe para o direito das obrigações as relações afetivas heterossexuais não oficializadas pelo casamento, afastando, nessas hipóteses, qualquer efeito de direito de família.

A partir de então foram sendo concedidos direitos, principalmente à concubina, como por exemplo: concedeu-se o direito de perceber a indenização do companheiro morto por acidente de trabalho e de trânsito, desde que não estivessem casados e ela estivesse incluída como beneficiária (Dec. Lei 703/44; Lei 8.213/91). Foram consolidados os direitos previdenciários da companheira na legislação respectiva (Leis 4.297/63 e 6.194/74), permitindo que ela fosse designada beneficiária do contribuinte falecido, tendo a orientação jurisprudencial se encarregado de alargar o conceito,

permitindo o mesmo direito também na falta de designação expressa se provada a convivência ou a existência de filhos comuns. Deste modo, permitiu-se a divisão da pensão entre a esposa legítima e a companheira (Súmula 159 do extinto TRF). A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), no artigo 57, §§2º e 3º, com redação dada pela Lei 6.216/75, autorizou a companheira a adotar o sobrenome do companheiro, após cinco anos de vida em comum ou na existência de prole, desde que nenhum deles tivesse vínculo matrimonial (THOMAZ, 2003, p.87).

Muito se fez na legislação infraconstitucional pelas uniões livres heterossexuais até a vinda da norma constitucional que eliminou de vez a controvérsia acerca do caráter familiar ou não das relações afetivas estáveis entre homem e mulher não oficializadas pelo casamento. Finalmente, após longa batalha jurisprudencial, discussões doutrinárias e até mesmo iniciativas legislativas, veio a norma do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal que prescreveu que “[...] para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

A partir do reconhecimento constitucional, vieram as Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96 e, posteriormente, o novo Código Civil, que trataram expressamente da união estável heterossexual, agora considerando tal instituto como ele sempre deveria ter sido tratado, ou seja, dentro das regras do direito de família. Estando sob o manto do direito de família, os integrantes das uniões livres entre heterossexuais passaram a ter garantidos direitos sucessórios, direito a alimentos, direitos previdenciários e, ainda, admitida a aplicação aos companheiros de institutos como o de guarda, tutela, adoção, curatela, dentre outros, com a mesma preferência de exercício do que a conferida aos casais casados.

1.3 A Família na Constituição Federal de 1988

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito de família sofreu profundas transformações. Até então, o nosso ordenamento jurídico reconhecia apenas o casamento como a instituição formadora da família merecedora da proteção estatal.

Na restrita visão do Código Civil de 1916, a finalidade essencial da família era a continuidade. Emprestava-se juridicidade apenas ao relacionamento matrimonial, afastadas quaisquer outras formas de relações afetivas. Expungia-se a filiação espúria e proibiam-se doações extraconjugais. A doutrina ortodoxa apontava entre as finalidades do casamento

a disciplina do relacionamento sexual entre os cônjuges, a proteção à prole e a mútua assistência (FUGIE, 2002, p.134).

Com a Constituição Federal de 1988, além da família oriunda do casamento, também a família monoparental (aquela formada por qualquer dos ascendentes com seus descendentes) e a família formada pela união estável entre um homem e uma mulher passaram a ser consideradas como entidades familiares tuteladas pelo Estado. E a partir daí surgem os inafastáveis questionamentos: Serão só essas as modalidades de família merecedoras da tutela estatal? A Constituição Federal enumerou de forma taxativa os tipos de entidades familiares, ou essa enumeração é meramente exemplificativa? E as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo? Serão elas uma modalidade de família merecedora da proteção do Estado?

Pode-se responder aos questionamentos acima levantados de duas formas, a depender do caminho que se escolhe seguir com o nosso entendimento e interpretação da norma constitucional. Em primeiro lugar, se se partir da premissa de que a enumeração feita pelo artigo 226 da Constituição Federal é taxativa, que são modalidades de entidades familiares tão-somente aquelas constituídas pelo casamento, pela união estável entre homem e mulher e pelos ascendentes com seus descendentes, a conclusão a que se chega é a de que a *vedação constitucional* à inclusão dos relacionamentos homoafetivos no laço jurídico e social da família é inconstitucional. Por outro lado, se não se aceita a tese da existência de uma norma constitucional inconstitucional, conforme preleciona Bachof, essa vedação atenta ao menos contra os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da proibição de discriminação por motivo de origem, raça, sexo, cor, idade (art. 3º, IV, CF/88), princípios que são fundantes do nosso Estado democrático de direito.

Esse é o entendimento hoje predominante entre a grande maioria dos nossos juristas e pensadores que se dedicam ao tema. Para juristas hodiernos, como Thomaz (2003) e Azevedo, por exemplo, a norma do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, ao exigir a diversidade de sexos para a existência da união estável entre homem e mulher, acabou por impedir e vedar a existência de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Como não há casamento entre homossexuais previsto no nosso ordenamento jurídico e a Constituição Federal previu como modalidades de entidades familiares tão-somente aquelas formadas pelo casamento, pelos ascendentes e seus descendentes e pela união estável entre homem e mulher, a consideração das uniões homólogas estáveis como modalidade de família seria vedada em nosso ordenamento jurídico. Para afastar tal entendimento e buscar um reconhecimento dessas uniões homoafetivas, os estudiosos e intérpretes do direito têm feito verdadeiros malabarismos jurídicos.

Em primeiro lugar cumpre assinalar que existe um projeto de emenda constitucional, de autoria da ex-deputada Marta Suplicy, com o escopo de excluir a exigência da

diversidade de sexos prevista no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal para a configuração da união estável. Como esse projeto de emenda constitucional ainda não foi apreciado pelo Congresso, os nossos intérpretes do Direito têm que conviver com a vedação constitucional e encontrar um meio de defender a existência, validade, geração de efeitos e até mesmo o caráter de família das uniões estáveis homossexuais. Lado outro, existem os que defendem que a enumeração constitucional não é taxativa e que, assim não sendo, não haveria nenhum óbice constitucional *intransponível* à aceitação dos relacionamentos homossexuais como um tipo de entidade familiar.

Lôbo (2002) defende, em artigo de sua autoria, que, apesar da doutrina dominante entender que o artigo 226 da Constituição Federal tutela apenas os três tipos de entidades familiares explicitamente previstos, se se fizer uma adequada interpretação do texto constitucional perceber-se-á que tal afirmativa não é a mais acertada. Assevera primeiramente Lôbo (2002) que o *caput* do artigo 226, ao dizer tão-somente que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, já faz revolucionária mudança no conceito de família. Diz o civilista que as constituições brasileiras anteriores diziam que “[...] a família, constituída pelo casamento, tinha a proteção do Estado”. Ao suprimir a locução *constituída pelo casamento*, sem substituí-la por qualquer outra, o legislador de 1988 pôs sob a tutela constitucional qualquer tipo de família. Conclui o ilustre civilista, que “[...] o *caput* do artigo 226 é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade” (LÔBO, 2002, p. 95). Diz, por fim, que “[...] a regra do § 4º do artigo 226 integra-se à cláusula geral de inclusão[...]”, já que o dispositivo legal, ao dizer que a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, entende-se, *também*, como entidade familiar, esse termo *também* significa a possibilidade de inclusão, sendo que o termo significaria inclusão da comunidade monoparental sem a exclusão de outras modalidades de família.

Esse brilhante e genial trabalho de interpretação das normas constitucionais feito por Lôbo representou a carta de alforria para aqueles que pretendem defender a inclusão dos relacionamentos afetivos estáveis homossexuais no rol das entidades familiares. Isso porque, se for adotado tal entendimento, o de que a enumeração das modalidades de família feita pela Constituição Federal é apenas e tão-somente exemplificativa, não mais serão necessários os argumentos complexos, como o de afirmar que a norma do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal é inconstitucional ou o de que as uniões estáveis podem ser formadas por pares hetero ou homossexuais em razão dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade de todos perante a lei. Basta tão-somente entender que as uniões estáveis homoafetivas são sim um tipo de família, não previsto expressamente na Constituição Federal, que não precisam ser, necessariamente, iguais às uniões estáveis entre homem e mulher, já regulamentadas no nosso Ordenamento Jurídico. E, assim sendo, havendo previsão

constitucional, ainda que implícita, dessa modalidade de família que merece a proteção estatal, a ausência de lei formal infraconstitucional não poderá representar óbice para o julgador deixar de atribuir efeitos, agora de direito de família e não mais tão-somente de direito obrigacional, aos conviventes homossexuais, podendo, até mesmo, valer-se da aplicação da analogia para decidir hipóteses concretas em que haja lacuna na legislação.

2. A Relação homoafetiva como entidade familiar

Hoje, fazendo uma análise literal da Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que se enquadram no conceito de família apenas aquelas hipóteses expressamente previstas no artigo 226, ou seja, são entidades familiares apenas aquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre homem e mulher e pela família monoparental entendida como aquela formada por um dos ascendentes com seus descendentes. Ficaram fora da enumeração constitucional outros tipos de famílias sociais, tais como as famílias concubinárias, as famílias formadas por pais e filhos *adotivos de fato*, as famílias formadas por irmãos que vivem juntos sem a presença de pai ou mãe e, enfim, as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, com ou sem filhos. E aí vem o seguinte questionamento: a enumeração das entidades familiares feita pela Constituição Federal no seu artigo 226 é taxativa? Conforme discutido no item supra defende-se que não. A enumeração feita pela Constituição Federal das modalidades de família é apenas exemplificativa, existindo atualmente diversas representações sociais e antropológicas de famílias que não foram enumeradas pelo legislador, mas que não podem ficar fora do manto protetor do Direito de Família. Os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo é uma dessas modalidades de família não previstas de forma expressa pela Constituição Federal, mas que deve ser considerada como tal diante de toda a lógica do nosso ordenamento jurídico.

O mesmo caminho legal e jurisprudencial trilhado pelas uniões livres heterossexuais, que levou ao reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, está hoje sendo percorrido pelos casais formados por pessoas do mesmo sexo que mantêm relações afetivas estáveis e com as características fundamentais de uma família. Inicialmente, assim como os casais de sexos opostos que mantinham relacionamentos não oficiais, as relações homoeróticas começaram a ser caracterizadas como sociedades de fato. A mesma Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal que preceitua que “[...] comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”, e as regras do artigo 981 do Código Civil que disciplinam, no *direito das obrigações*, as sociedades de fato prevendo que “[...] celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha entre si, dos resultados”, estão sendo aplicadas

pelos nossos Tribunais nas hipóteses de dissolução de relações homossexuais, seja pela simples separação do casal, ou no caso de morte de um dos parceiros.

Com a existência cada vez mais crescente dos relacionamentos homoafetivos e com o início do ingresso na aceitação social e jurídica daqueles que têm orientação sexual diversa daquela considerada como *padrão* na sociedade, os aplicadores do direito sentiram a necessidade de reconhecer algumas consequências jurídicas advindas dessas relações como o direito de herança e de percepção de benefício previdenciário como dependente do segurado, por exemplo. Daí, novamente veio à tona a teoria da sociedade de fato do *direito das obrigações*, em que “[...] é reconhecida a sociedade de fato quando pessoas mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fim comum”.

Hoje, apesar de alguns avanços, principalmente do Tribunal de Justiça e dos juízes do Rio Grande do Sul, essa é ainda a orientação predominante ao se falar em consequências jurídicas de relações homossexuais. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, na ocasião em que foi instado a se manifestar sobre o tema, entendeu aplicável a teoria da sociedade de fato do *direito das obrigações* a uma hipótese de rompimento de uma relação homossexual, negando, no entanto, qualquer inclusão de tal fenômeno no âmbito do direito de família.

EMENTA: SOCIEDADE DE FATO. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1363 do CCivil. RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano Moral. Assistência do doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com Aids a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo causalidade. Art. 159 do CCivil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido (BRASIL, 1998).

Da mesma forma que as uniões livres, no passado, hoje as relações entre homossexuais também vêm recebendo a tutela específica de algumas normas infraconstitucionais. O INSS, através de sua Instrução Normativa nº 50, de 8 de maio de 2001, já possibilitou ao parceiro ou parceira homossexual, pleitear junto à Previdência Social pensão por morte ou auxílio reclusão do companheiro, ou companheira, segurado. Assim, observa-se que as uniões homossexuais vêm trilhando o mesmo caminho que foi percorrido pelas uniões livres heterossexuais em um passado não muito remoto.

Se hoje ainda existem discussões favoráveis e contrárias à inserção do relacionamento homoerótico no âmbito do direito de família, certamente amanhã essas discussões serão, assim como na união estável heterossexual, tão-somente histórias. Alguns juristas, como Almeida Júnior (2002, p. 3), hodiernamente, entendem que as uniões de pessoas de sexos semelhantes, mesmo que reúnam as características da afetividade, respeito mútuo, comunhão de vida e interesses, publicidade e estabilidade, não podem ser consideradas entidades familiares ante a disposição do artigo 226 da Constituição Federal, que prevê que as entidades familiares são, além da família monoparental, aquelas formadas por um homem e uma mulher, através do casamento ou da união estável:

Em face da atual Constituição Federal, entendemos, sem embargo das robustas opiniões em contrário, que os avanços legislativos jamais poderão dar às uniões homossexuais condição de entidade familiar. [...] somente as uniões heterossexuais gozam de proteção constitucional, a nível de entidade familiar. Assim, somente com uma emenda constitucional apropriada, é que uma união homossexual poderia ser guindada à nível de entidade familiar. Nunca, porém, mediante simples Lei Ordinária.

Thomaz (2003, p. 98), em interessante artigo sobre o tema, apesar de concordar e encontrar fundamentos para a inserção dos relacionamentos homossexuais no rol das entidades familiares entende, em uma visão equivocada a nosso sentir, que a simples ausência de previsão constitucional acerca dos relacionamentos homossexuais ou a previsão do § 3º do artigo 226 da CF de que as uniões estáveis devem se dar apenas entre um homem e uma mulher, inviabiliza o entendimento de que as uniões homoafetivas podem ser consideradas como entidades familiares.

Não se nega a existência de tais uniões, o que se nega é a formação de entidade familiar. A relação entre homossexuais existe e surte efeitos no mundo jurídico, não efeitos de Direito de Família, mas de Direito Obrigacional. Nada obsta que no futuro venha o legislador a admitir essa união como entidade familiar, mormente se houver o respeito mútuo, a fidelidade, a convivência pública, contínua e duradoura, e a conjunção de esforços ou recursos para lograr fins comuns. Quais seriam esses fins comuns? Seria a formação de uma sociedade, não mais de fato, mas sim familiar. Destarte, passariam a ser uma outra espécie de família de fato. Ao lado da família concubinária, haveria a família homossexual. Se se permite a união estável entre o homem e a mulher e se ela é reconhecida como entidade familiar, deve-se considerar como entidade familiar a união ou parceria homossexual.

Rainer Czajkowsky, citado por Brito (2000, p. 27), asseverou:

Por mais estável que seja, a união sexual entre pessoas do mesmo sexo – que morem juntas ou não – jamais se caracteriza como uma entidade familiar. A não configuração de família, nestes casos, é resultante não de uma análise sobre a realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas sim da constatação de que duas pessoas do mesmo sexo não formam um núcleo de procriação humana e de educação de futuros cidadãos. A união entre um homem e uma mulher pode ser, pelo menos potencialmente, uma família, porque o homem assume o papel de pai e a mulher o de mãe, em face dos filhos. Parceiros do mesmo sexo, dois homens ou duas mulheres, jamais oferecem esta conjugação de pai e mãe, em toda a complexidade psicológica que tais papéis distintos envolvem. [...] Menos por força de a Constituição expressamente dizê-lo; mais porque a concepção antropológica de família supõe as figuras de pai e de mãe, às quais se fez referência linhas acima, o que as uniões homossexuais não conseguem imitar.

Conforme examinado anteriormente, a enumeração feita pela Constituição Federal, no seu artigo 226, não é taxativa. A família, conforme dispõe a Carta Magna, se forma pelo casamento, pela união estável heterossexual e pelo ascendente com seus descendentes. No entanto, essas não são e nem poderiam ser as únicas formas de família tuteladas pelo Estado. Se dois homens ou duas mulheres vivem juntos de forma estável, têm amor um pelo outro, mantêm relacionamento sexual, dividem receitas, despesas, alegrias, tristezas, ajudam-se mutuamente, têm um projeto de vida comum que pretende garantir a cada um deles a felicidade e a realização pessoal, não se pode dizer que essas pessoas não formam uma família pelo simples fato de serem do mesmo sexo. O conceito atual de família está alargado. Família não é mais tão-somente um homem e uma mulher unidos pelo casamento com a sua prole. Hoje família é muito mais que isso.

Tradicionalmente, a família sempre foi entendida como a união de um homem e uma mulher, inicialmente sacralizada apenas pelo casamento religioso e, mais tarde, pelo casamento legalizado civilmente *perante os homens*. A família formada pelo casamento tinha como objetivos legalizar as relações sexuais existentes entre esse homem e essa mulher; propiciar a reprodução e perpetuar a transmissão do patrimônio familiar. Essa família tradicional, refletida no Código Civil de 1916, era patriarcal, tendo no homem o *chefe* de todos os seus integrantes. Tinha o caráter monogâmico, permitia a certeza do homem quanto à paternidade dos filhos nascidos de sua esposa e tinha, concomitantemente, a responsabilidade integral pelo sustento do lar. Era necessariamente heterossexual e machista, já que era sempre o homem que tinha

os poderes de comando da família e que decidia os destinos da esposa e dos filhos. Por fim, era nítido o seu caráter patrimonialista sendo que diversos casamentos eram realizados entre pessoas previamente escolhidas pelos seus pais, para que a herança familiar pudesse ser incrementada, preservada dentro de um determinado núcleo familiar e transmitida de forma proveitosa entre os descendentes legítimos daquela família.

Hoje, a família já é vista de uma forma bem diversa. Veio a revolução francesa, que pregou a liberdade, igualdade e fraternidade. A revolução industrial, por sua vez, promoveu a divisão do trabalho entre os sexos e acabou por inserir a mulher, gradativamente, no mercado de trabalho. Os movimentos feministas tentaram reduzir a condição de submissão na qual as mulheres viviam, notadamente quando se encontravam como membro de uma família dominada pelo marido. Diante dessas e de outras diversas realidades sociais, os papéis do homem e da mulher na sociedade foram mudando gradativamente, sendo que essa mudança refletiu diretamente no conceito de família.

O Estatuto da Mulher Casada, de 1962, em razão das constantes lutas feministas, veio para melhorar as condições da mulher dentro do casamento. Note-se que, antes de tal diploma legal, a mulher, ao se casar, se já fosse civilmente capaz, passava a ser *relativamente capaz*, ou seja, dava um passo para trás na sua liberdade e autonomia para ceder espaço ao homem que, a partir de então, era a pessoa que deveria tomar as decisões mais relevantes da vida da família e, até mesmo, da vida da mulher enquanto membro daquela família de caráter patriarcal. A Lei do Divórcio, de 1977, possibilitou a dissolubilidade do casamento e começou a permitir a mudança daquele conceito tradicional de família. A partir de tal diploma legal, diversas situações de fato desfavoráveis legalmente foram legalizadas possibilitando o desfazimento de famílias que não se adaptaram às características tradicionais e possibilitando a regularização de famílias que já existiam de fato, mas de forma legalmente clandestina. A Constituição de 1988 trouxe a grande revolução nas relações familiares. A partir de então, o casamento deixou de ser a única forma legítima de constituição de uma família. Os integrantes de uma família, homem e mulher, passaram a ter direitos e deveres iguais, rompendo com o antigo caráter patriarcal da velha família de origem romana. Os filhos, fossem eles advindos de qualquer tipo de relacionamento dos seus pais, passaram a ter os mesmos direitos.

Assim, a partir de então, a família começou a ser entendida com o espaço do amor, do respeito, da ajuda mútua, da comunhão de interesses, da existência de planos comuns para o futuro, etc. Diz ainda a moderna doutrina que a família hoje deve ter as características da estabilidade, ostensibilidade e afetividade. Dessa forma, a família atual pode ser entendida como o agrupamento de duas ou mais pessoas, em caráter estável e ostensivo, que tem como motivo principal da sua manutenção a existência

do amor e do afeto entre os seus membros, sendo que tais membros dessa família se ajudam mutuamente nas dificuldades cotidianas da vida, respeitam-se como indivíduos dignos e únicos e têm comunhão de interesses e planos comuns para o futuro. Dentro desse nosso conceito amplo de família, enquadra-se, sem qualquer sombra de dúvidas, a família formada pelo casamento, aquela formada pela união estável entre um homem e uma mulher, a comunidade formada por pai ou mãe e seus descendentes, o grupo integrado por um conjunto de irmãos que vivem juntos com todas as características de um ente familiar, a família formada por pessoas do mesmo sexo que tenham como propósitos algo mais que apenas sexo, o agrupamento familiar composto por avós viúvos, pais, filhos biológicos, adotivos e/ou *de criação*, dentre outros.

O que importa, para a definição do que seja a família merecedora da proteção estatal, é que se esteja dentro de um grupo de duas ou mais pessoas unidas pelo afeto, respeito, ajuda mútua, e que viva em relativa estabilidade, de forma pública, apresentando-se, para a sociedade, como um grupo familiar. Hoje, diversos civilistas modernos como Barros (2001), Dias e Pereira (2003) perceberam toda a revolução da família trazida pela Constituição Federal de 1988 e também formularam seus novos conceitos de família. Barros (2001, p. 11) assim define família:

O que define família é o afeto que conjuga intimamente, enquanto ele existe, da origem ao fim de sua existência, para uma vida em comum. É o afeto que define a entidade familiar, mas não um afeto qualquer. Se fosse um afeto qualquer, uma simples amizade seria família, ainda que sem convívio. O conceito de família seria estendido com inadmissível elasticidade. O que identifica a família é um afeto especial. Com ele se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o afeto entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas intimamente, tornando-as cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja patrimônio moral, seja patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família. O afeto conjugal.

Dias e Pereira (2003, p. 9), prefaciando obra sobre direito de família, disseram que:

A família atual é um mosaico composto de forma harmoniosa, a retratar a complexidade da realidade social. Não mais se concebe a família como estrutura única, engessada pelos sagrados laços do matrimônio. Também ela não mais se caracteriza pela presença de um homem, uma mulher e sua prole. Nem sequer necessita

haver parentesco em linha reta entre seus integrantes, ou necessita haver parentesco em linha reta entre os seus integrantes, ou diversidade de sexo entre seus partícipes, para caracterizar uma entidade familiar. O traço principal que a identifica é o vínculo de afetividade. Onde houver envolvimento de vidas com mútuo comprometimento formando uma estruturação psíquica, isto é, onde houver afeto é imperioso reconhecer que aí se está no âmbito do Direito de Família.

Concluindo, após a análise de todos os conceitos vistos até então acerca do que seria a nova família estruturada a partir da Constituição de 1988 e do Novo Código Civil, repete-se que a família hoje deve ser entendida como o agrupamento de duas ou mais pessoas, em caráter estável e ostensivo, que tem como motivo principal da sua manutenção a existência do amor e do afeto entre os seus membros, sendo que tais integrantes dessa família se ajudam mutuamente nas dificuldades cotidianas, respeitam-se como indivíduos dignos e únicos, têm comunhão de interesses e planos comuns para o futuro. Assim, obviamente, se duas pessoas de mesmo sexo vivem relação afetiva que reúne esses elementos primordiais de afeto, respeito mútuo, assistência mútua, projetos de vida comuns e comunhão de interesses, essa relação não pode ser afastada do conceito e do direito de família pelo simples fato de seus integrantes serem do mesmo sexo.

3 Relacionamentos afetivos homossexuais e união estável heterossexual: espécies de um mesmo gênero?

A grande discussão atual acerca das uniões entre pessoas do mesmo sexo envolve o seguinte questionamento: são as relações estáveis entre homossexuais uma modalidade de união estável ou não passam tão-somente de sociedades de fato? Doutrinadores nacionais como Azevedo (2002) e Thomaz (2003) vêm enfrentando o tema, sendo que além dos dois posicionamentos acima mencionados há, ainda, o entendimento, ao qual me filio, de que a relação estável entre duas pessoas do mesmo sexo não é sociedade de fato nem união estável, mas sim uma entidade familiar com características próprias não expressamente prevista na Constituição Federal. Azevedo (2002, p. 470), ao estudar o tema, disse que “[...] ainda que se cogite de mera convivência, no plano fático, entre pessoas do mesmo sexo, não se configura a união estável”. Para o professor paulista, diante da regra expressa do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 o posicionamento de só se reconhecer como união estável o relacionamento entre um homem e uma mulher é o mais acertado. O relacionamento estável entre homossexuais, no entendimento de Azevedo poderia, tão-somente, ser considerado como uma sociedade de fato, isso se ficasse comprovada a aquisição de bens pelo

esforço comum dos sócios nos termos do artigo 1.363 do Código Civil. Thomaz (2003, p. 95), da mesma forma que Azevedo, rechaça a possibilidade de reconhecer a união homossexual como um tipo de união estável. Diz o professor paulista que “[...] juridicamente, também impossível a união estável entre homossexuais”.

Consigna-se que, neste momento, que a união entre homossexuais existe, só que o Direito de Família dispensa o seu regramento e o seu tratamento. O Direito de Família tutela os direitos, obrigações, relações pessoais, econômicas e patrimoniais, a relação entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e a dissolução da família, mas das famílias matrimonial, monoparental e concubinária. A união entre homossexuais, juridicamente, não constitui nem tem o objetivo de constituir família, porque não pode existir pelo casamento, nem pela união estável (THOMAZ, 2003, p. 95).

O posicionamento defendido por Thomaz (2003, p. 95) é o de que as relações homossexuais são tuteladas pelo direito das obrigações, não estando nos laços do direito de família. “Se houver vida em comum, laços afetivos e divisão de despesas, não há como se negar efeitos jurídicos à união homossexual. Presentes esses elementos, pode-se configurar uma sociedade de fato, independentemente de casamento ou união estável”. Entendimento diverso é adotado por juristas como Dias, Fachin, Giorgis, dentre outros. Giorgis (apud DIAS, 2003, p. 56), em voto proferido no julgamento de Embargos Infringentes, defendeu a tese de que as uniões homossexuais afetivas são uniões estáveis. “Mesmo sem lei que as regule, as uniões homoeróticas são reconhecidas pela Constituição como verdadeiras entidades familiares, para alguns como entidades distintas, em vista de sua natureza e para outros, onde ainda me filio, como verdadeiras uniões estáveis”. Dias (2001, p. 96), comungando do entendimento do colega Giorgis, defende que:

Conferida juridicidade à união estável, a limitação, quer constitucional, quer legal, não tem o condão de deixar à margem da proteção do Estado relacionamentos afetivos outros que geram conseqüências no âmbito do Direito. Podem e devem ser aplicadas, por analogia, as leis reguladoras do relacionamento entre um homem e uma mulher. As relações homossexuais constituem uma unidade familiar que em nada se diferencia da união estável.

O aspecto mais relevante do ponto de vista prático em se considerar a união entre pessoas do mesmo sexo como sociedade de fato ou união estável reside nas consequências jurídicas, notadamente patrimoniais, daí advindas. Se se considerar que a união entre homossexuais caracteriza uma sociedade de fato, estão se retirando essas relações do âmbito do direito de família. Nesse caso, a sociedade entre os dois parceiros, animada pela *affectio societatis*, rege-se pelas regras do artigo 1.363 do Código Civil, sendo indispensável para a sua caracterização a comprovação da contribuição de cada um dos parceiros para a formação ou preservação do patrimônio.

Se as relações afetivas estáveis entre duas pessoas do mesmo sexo forem tidas como uma sociedade de fato, não há de se falar em direitos sucessórios, direito real de habitação ou usufruto aos integrantes dessa sociedade. A única consequência jurídica que poderá ser extraída do relacionamento é a partilha de bens que será feita em proporção ao esforço empregado por cada um dos parceiros na aquisição do patrimônio. Por outro lado, caso se entenda que esses relacionamentos configuram uma união estável, diversas serão as consequências jurídicas. A união estável é um tipo de entidade familiar prevista expressamente na Constituição Federal e recebe, como modalidade de família que é, especial proteção do Estado.

Por ter natureza familiar, a união estável rege-se pelos princípios e normas do direito de família, abrindo mão de qualquer prova de contribuição dos parceiros para a formação do patrimônio, que é comum a ambos em razão da simples comprovação da relação, sendo presumida a contribuição a teor do art. 5º, da Lei n.º 9.278/96. Ademais, há previsão de que, ao companheiro, integrante de uma união estável, é conferido direito sucessório, nos termos do art. 2º, da Lei n.º 8.971/94 (DIAS, 2003, p. 80).

A união estável, de modo diverso da sociedade de fato, é inspirada pela *affectio conjugalis*. Se o relacionamento homoerótico é visto como uma união estável, aplica-se a ele a legislação do companheirismo, sendo conferidos aos parceiros homoafetivos direitos hereditários, direito real de habitação e usufruto. Assim, verifica-se que a preponderante razão da atual tentativa dos juristas contemporâneos de enquadrar as relações afetivas homossexuais como um tipo de união estável é a necessidade de se assegurar aos conviventes do mesmo sexo direitos de cunho familiar que não são garantidos a esses parceiros caso a relação deles seja entendida como mera sociedade de fato regida pelo direito das obrigações.

Apesar de acreditar ser louvável o esforço de juristas como Dias, Giorgis e outros, que tentam ultrapassar o preconceito hoje existente e garantir a dignidade daqueles que têm orientação sexual diversa da tradicionalmente considerada padrão pela sociedade, não concordamos em que o relacionamento afetivo entre os homossexuais seja uma união estável. O relacionamento homoafetivo, ao nosso sentir, não é uma união estável conforme definida pela Constituição Federal e leis ordinárias, mas, mesmo diante disso, defendemos que seguramente é uma entidade familiar, como as demais previstas na Constituição Federal, sem maior ou menor valor ou importância. A união estável heterossexual prevista na Constituição Federal e disciplinada por leis ordinárias é, realmente, somente aquela existente entre um homem e uma mulher, conforme restrição do § 3º do artigo 226 da Magna Carta, em que esteja presente o caráter de estabilidade, publicidade e intenção de constituir família. Isso não implica, no entanto, que a união homossexual deva ser alijada do conceito de entidade familiar. É aí que reside toda a problemática da questão.

Para garantir àqueles que mantêm relacionamento afetivo e sexual com pessoas do mesmo sexo as garantias e efeitos jurídicos de uma entidade familiar não há necessidade de dizer que o relacionamento entre eles é uma união estável. A união estável heterossexual prevista constitucionalmente e disciplinada por leis infraconstitucionais tem suas características próprias. Os casais que viviam um relacionamento não selado pela oficialidade trilham todo um caminho legal e jurisprudencial para ver assegurado, constitucionalmente, o seu reconhecimento como uma entidade familiar tão importante como aquela formada pelo casamento. As uniões homossexuais não se equivalem àquelas heterossexuais. Podem, muitas vezes, duas pessoas do mesmo sexo viverem uma relação afetiva estável, pública, com o intuito de constituir família e de construir toda uma história de vida comum. A relação pode, às vezes, em muito se assemelhar à união estável heterossexual sendo a única diferença aparente o fato dos conviventes serem, em um dos relacionamentos, pessoas de sexos diversos e, em outros, do mesmo sexo.

No entanto, para garantir aos relacionamentos homossexuais o necessário e devido reconhecimento como entidade familiar, com todas as consequências jurídicas que lhes é peculiar, não há necessidade de dizer que os relacionamentos afetivos homossexuais são um tipo de união estável e que a restrição de diversidade de sexos constante do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal é dispositivo que afronta os princípios constitucionais maiores em razão de vedar que pessoas do mesmo sexo possam viver em união estável juridicamente reconhecida. A enumeração constitucional do artigo 226, conforme entendimento já anteriormente explicitado, não é, ao nosso juízo, uma enumeração hermética, taxativa, mas tão-somente exemplificativa. Assim nada impede que se afirme que as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo que preenchem

as características de uma família (convivência duradoura, exclusiva, com o objetivo de dividir os bons e maus momentos da vida, de partilhar os mesmos objetivos e propósitos) seja uma entidade familiar, a exemplo daquela formada por um dos pais e seus descendentes (família monoparental), daquela formada pelo casamento e daquela formada pelos casais heterossexuais que vivem em união estável.

Amanhã talvez se possa incluir nesse rol até mesmo as uniões oficializadas (como uma parceria civil registrada, por exemplo) entre pessoas do mesmo sexo como uma modalidade de família que mais se assemelhará ao casamento do que à união estável heterossexual em razão da chancela oficial do Estado. Depois de ser afirmado que as uniões afetivas entre homossexuais, apesar de não estarem previstas de forma expressa na Constituição, são um tipo de entidade familiar, a garantia dos direitos desses conviventes do mesmo sexo e a proteção estatal podem ser obtidos mesmo diante da ausência de regramento legal específico.

Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e pelo respeito, com o objetivo de construir um lar, tal vínculo, independentemente do sexo do casal, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei (DIAS, 2001, p. 92).

Aí entra, então, a aplicação da analogia. “A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo originariamente destinado a situação diversa de tais relações, qual seja, a comunidade familiar formada pela união estável entre um homem e uma mulher” (DIAS, 2003, p. 69). Ao juiz não é dada a faculdade de deixar de julgar os casos concretos que lhe são apresentados sob o argumento de inexistência de lei disciplinando a questão. Inexistindo lei que discipline determinada questão específica, deve o julgador buscar nos costumes, nos princípios gerais de direito e na analogia os subsídios para resolver o impasse levado ao Judiciário.

A analogia consiste na aplicação do regramento legal concernente a uma hipótese semelhante ao caso não previsto em lei cuja solução se procura. “A analogia ocupa-se com uma lacuna do Direito Positivo, com hipótese não prevista em dispositivo nenhum, e resolve esta por meio de soluções estabelecidas para casos afins” (MAXIMILIANO, 1997, p. 215). Ao utilizar a analogia para solucionar o problema da existência de uma lacuna no Direito Positivo, como é o caso das relações homoafetivas, o julgador não cria direito novo, não se arvora das funções do legislador. O que ele faz, tão-somente, é descobrir o direito já existente, integrar o ordenamento jurídico positivo.

O uso da analogia pressupõe: 1º) uma hipótese não prevista, senão se trataria apenas de interpretação extensiva; 2º) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; 3º) este elemento não pode ser qualquer, e sim, essencial, fundamental, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo. (MAXIMILIANO, 1997, p. 212).

Diante disso, acredita-se ser equivocada a posição defendida por juristas que, após enfrentar a enorme dificuldade em contestar a *constitucionalidade* ou *coerência* da regra constitucional do §3º do artigo 226 que exige a diversidade de sexos para a configuração da união estável, dizem que o relacionamento afetivo homossexual é uma espécie do gênero união estável. Mais acertado talvez seria se afirmar que a união homoafetiva é um tipo de entidade familiar peculiar e que diante da ausência de regramento constitucional deve o julgador, para atribuir efeitos jurídicos a essas relações, valer-se da analogia e usar o regramento legal da união estável homossexual, ressalte-se entidade familiar semelhante, mas, distinta, para solucionar os conflitos advindos desse tipo de união.

Acredita-se que, assim como a união informal entre homem e mulher, a relação afetiva estável entre homossexuais é uma entidade familiar em construção, sendo que a jurisprudência, ao fazer esse processo integrativo, irá possibilitar, talvez, que amanhã esse tipo de família esteja previsto de forma expressa na Constituição e devidamente regulamentado através de leis ordinárias específicas. Até lá, para que não se cometa a injustiça de não atribuir direitos a esses relacionamentos, ou de considerar como sociedade de fato uma sociedade de afeto³ deve o aplicador do Direito socorrer-se da analogia e aplicar, quando cabível, a legislação infraconstitucional da união estável aos relacionamentos homoeróticos de modo que seja efetivamente garantida a proteção estatal a esse tipo de entidade familiar.

4. Conclusão

Após todo o estudo feito, questiona-se: são as relações afetivas homossexuais uma nova modalidade de família? Acredita-se que, apesar da inexistência de dispositivo expresso na Constituição Federal prevendo que os relacionamentos homossexuais são entidades familiares, ainda assim tais relações devem ser tidas como¹ família se atenderem aos requisitos fundamentais dela, que são a ostensibilidade, a publicidade, a afetividade e o propósito de comunhão de vida. Se duas pessoas vivem juntas, com propósito de vida comum, dividindo alegrias, preocupações, tempos fáceis e difíceis,

¹ Expressão utilizada pela Desembargadora Maria Helena Diniz nos diversos trabalhos publicados a respeito do tema.

rendimentos, despesas, amigos, enfim, dividindo a vida, esse relacionamento sem dúvida alguma deve ser tido como uma família. Não é correto, a nosso ver, limitar o conceito de família às três hipóteses previstas de forma expressa na Constituição.

Uma correta interpretação da Carta Constitucional, o manejo e entendimento dos seus princípios norteadores não remetem a esse entendimento limitante. Existem muitos outros tipos de família diversos daqueles taxativamente previstos na Constituição Federal de 1988 e a relação afetiva estável entre homossexuais é um deles. Não há necessidade alguma, *permissa venia*, de dizer *ser inconstitucional* a norma que dispõe que a união estável prevista na Magna Carta somente pode se dar entre homem e mulher. Entende-se ser desnecessária a tentativa vã de muitos juristas e intérpretes da lei em buscar proteger os relacionamentos homossexuais, entendendo-os como sendo uma espécie do gênero união estável, gênero esse que englobaria a união estável homossexual e a heterossexual. Esse é, com o devido respeito pelos que entendem de forma diversa, o caminho mais árduo para se buscar a tutela dos relacionamentos homoeróticos. Para classificar as uniões homoafetivas como entidades familiares e garantir a essas uniões os direitos e deveres de um grupo familiar, não há qualquer necessidade de dizer serem elas uniões estáveis iguais às heterossexuais nos moldes da previsão constitucional.

São esses dois agrupamentos familiares entidades distintas, com características diversas, assim como também são diferentes a união estável o casamento e as entidades monoparentais. Cada uma dessas uniões ou agrupamentos familiares tem suas características próprias, suas peculiaridades, e nem por isso umas são famílias mais ou menos importantes do que as outras. O que se deve ter em mente é que o conceito de família hoje está alargado. A família, atualmente, pode ser entendida como sendo aquele grupo de pessoas que se reúnem de forma relativamente permanente para prestarem auxílio e assistência mútua em razão de terem comunhão de interesses, afinidade sexual, laços afetivos ou de parentesco, objetivos de vida comuns, etc. Pode a família existir com todas essas características ou tão-somente com algumas delas. A entidade monoparental, a exemplo, entidade familiar expressamente prevista na Constituição, não tem como característica a existência de afinidade sexual entre os seus membros.

No entanto, não deixam seus integrantes de perseguirem um objetivo comum, de se auxiliarem mutuamente, de terem comunhão de interesses e laços afetivos em razão da relação de parentesco. Um casal unido pelo matrimônio, mesmo sem filhos e mesmo que não mantenham relacionamento sexual não deixam de formar uma família. Diante disso, verifica-se que os relacionamentos homossexuais, ao menos diante do princípio constitucional maior da dignidade da pessoa humana, devem ser protegidos. Se eles reunirem as características básicas de uma família devem ser entendidos como tal,

mesmo sem a previsão expressa da Constituição. A Carta Constitucional, repita-se, apesar de haver previsto expressamente apenas três tipos de entidades familiares não pretendeu excluir os demais relacionamentos da proteção estatal nem tampouco quis dizer que só seria família aquele grupo de pessoa reunidos pelo casamento, união estável heterossexual ou os ascendentes e seus descendentes. Se assim o tivesse feito, tais normas estariam se contrapondo aos próprios princípios maiores da Constituição Federal.

Assim, devem-se entender os relacionamentos afetivos homólogos como um novo tipo familiar. Uma família diferente da união estável heterossexual assim como essa é diferente daquela constituída pelo casamento. As pessoas são diferentes e, por isso, escolhem maneiras de viver e de buscar a felicidade e a realização pessoal de formas diferentes. Alguns preferem viver sob a tutela estatal e formam grupos familiares constituídos pelo casamento. Outros dispensam ou mesmo repugnam a ingerência estatal em suas vidas pessoais e afetivas, preferindo viver uniões livres com ou sem filhos. São os casais heterossexuais que vivem em união estável. Duas pessoas do mesmo sexo, dessa forma, podem também querer constituir uma família, a seu modo próprio. Hoje, isso somente é possível de forma livre, sem a chancela estatal. Amanhã, talvez, as famílias formadas por homossexuais poderão ser famílias *formais*, protegidas pela chancela estatal prévia.

Dessa forma, a conclusão a que se chega é que as relações estáveis afetivas entre homossexuais são, a exemplo de tantas outras, um tipo de família. Uma família não prevista expressamente na Constituição Federal, diferente daquela formada pelo casamento, pela união estável heterossexual ou das famílias monoparentais, mas, nem por isso, entidades familiares de menor ou maior importância do que as outras. A proteção estatal a esses tipos de famílias deve existir desde já, pois, na hipótese contrária, não se estará dando efetividade aos princípios maiores da nossa Carta Constitucional, princípios fundantes do Estado democrático de direito. Até que o legislador pátrio cumpra o seu papel e inclua no laço jurídico os relacionamentos homoeróticos, deve o intérprete do Direito, para assegurar os direitos dos membros desse tipo peculiar de família, socorrer-se de normas aplicáveis a outros tipos de famílias hoje existentes. A utilização da analogia e a aplicação das regras que disciplinam as uniões estáveis heterossexuais às uniões homoafetivas deve acontecer, já que o julgador não pode deixar de decidir em razão da inexistência de lei disciplinando uma hipótese levada ao Judiciário.

No entanto, o que se deve ter em mente é que as uniões afetivas homossexuais são famílias com características próprias, próximas, mas diversas das dos outros tipos de família. Cada tipo de família tem as suas características próprias. A formada pelo casamento não é de forma alguma igual à família formada por um ascendente e seus

descendentes nem tampouco igual à entidade familiar formada pela união estável heterossexual. Isso não quer dizer, porém, que uma família seja superior à outra, já que, o objetivo final de cada uma dessas famílias, seja ela de que modalidade for, é incontestavelmente o mesmo, ou seja, a busca da felicidade e realização pessoal de cada um dos seus integrantes.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. As uniões homossexuais e o Direito atual. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 35, maio/jun. 2002.

AMARAL, Lídia M de Lima Amaral. A união estável entre estrangeiros à luz da legislação de imigração. *Revista Consulex*, Brasília, n. 149, p. 36-37, mar. 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. União entre pessoas do mesmo sexo. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., *Anais: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARDOU, Luiz Achyllez Petiz. União homossexual: competência para julgamento. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 24, jul./ago. 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. Ideologia da família e a vacatio legis. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 11, p. 5-11, out./dez. 2001.

BELLOCCHI, Roberto Antônio Vallim. A Constituição da República e a família. *Revista Consulex*, Brasília, n. 161, p. 26-27, set. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 148897/MG. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 10 de fevereiro de 1998.

BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000.

COLARES, Marcos. O que há de novo no direito de família? *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 4, p. 39-47, jan./mar. 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a Justiça!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. União estável homoafetiva: jurisprudência comentada. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 20, p. 45-106, out./nov. 2003.

_____. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., *Anais: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) *Direito de família e o novo Código Civil*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FUGIE, Érika Harumi. A união homossexual e a Constituição Federal: inconstitucionalidade do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal? *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 15, p. 132-151. out./dez. 2002.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., *Anais: família e cidadania, o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GIUSTO, Eliana. Adoção por pares homossexuais: sim ou não? Quem sabe? *Jornal Síntese*, Porto Alegre, n. 77, jul. 2003.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. Relações homossexuais: da marginalidade para o sistema jurídico necessidade de definição da natureza jurídica das relações homossexuais. In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Homossexualidade Discussões Jurídicas e Psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 1, p. 7-18, abr./jun. 1999.

INSTITUTO DISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA. (Coord.). *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *Numerus Clausus*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., *Anais: família e cidadania, o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOSCON, Cleidi de Fátima Maninca. O enriquecimento sem causa e os direitos patrimoniais decorrentes das relações entre homossexuais. *Jornal Síntese*, Porto Alegre, n. 80, p. 19-21, out. 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. Uniões de pessoas do mesmo sexo: reflexões éticas e jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 31, p. 147, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 70003967676. Relator: Des. Maria Berenice Dias. Porto Alegre, de de .

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOBRINHO, Santiago Petrillo. União estável de homossexuais. *Revista Consulex*, Brasília, n. 163, p. 27, out. 2003.

SPENCER, Colin. *Homossexualidade: uma história*. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Boreli. União homossexual: reflexões jurídicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 807, p. 82-102, jan. 2003.

VARELLA, Luiz Salem. *Homoerotismo no Direito brasileiro e universal*. Campinas: Agá Júris, 2000.